



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 352/2017, de 2 de junio de 2017*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 756/2013*

**SUMARIO:**

**Contratos de permuta financiera (swap). Nulidad de contrato. Obligaciones de información. Error en el consentimiento. Inexistencia de la doctrina de los actos propios del cliente convalidantes.** Inexistencia de confirmación de dos contratos de permuta financiera (swap) afectados por error vicio, siendo anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Respecto a la doctrina jurisprudencial sobre la confirmación de estos contratos por actos propios del cliente, como por ejemplo la percepción de liquidaciones positivas, los pagos de saldos negativos, la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Al cliente no se le facilitó en la fase precontractual una información suficiente, por lo que creyó que estaba contratando una especie de seguro. Que no le informaron con detalle de las consecuencias que podía tener la bajada de los tipos de interés y que la información suministrada carecía de ejemplos o de simulaciones. No son actos propios vinculantes: un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, y para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual es necesario tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error. En el caso no hay existencia de confirmación, ya que ni de las quejas y reclamaciones que interpuso el cliente, ni de haber asumido varias liquidaciones negativas, ni tampoco del hecho de haber suscrito una póliza de crédito para el pago de esas liquidaciones se puede inferir la confirmación, propiamente dicha, del contrato viciado por error vicio, ni constituyen actos propios vinculantes.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 7.1, 1.310, 1.311, 1.313.

**PONENTE:**

*Don Francisco Javier Orduña Moreno.*

**SENTENCIA**

En Madrid, a 2 de junio de 2017



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 34/2013 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 476/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Luis Alberto Prado García en nombre y representación de don Daifi Natural Hair S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Silvia Virto Bermejo en calidad de recurrente y la procuradora doña María José Bueno Ramírez en nombre y representación de Banco Popular S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El procurador don Luis Alberto Prado García, en nombre y representación de Daifi Nuevos Horizontes S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don David Mayo Álvarez contra Banco Pastor S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«[...] 1) La nulidad del contrato denominado:- CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS de fecha 22 de Abril de 2005, así como sus ANEXOS de fecha 10 de Mayo De 2007 en los que se articulan la contratación de productos derivados: PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS, con un nocional de 200.000 € y 50.000 € respectivamente, y vigencia desde el 15 de Mayo de 2007 hasta el 15 de Mayo de 2012.

»2) Consecuencia directa de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada BANCO PASTOR a pagar a mi representada la cantidad de 26.051,30 € (VEINTISÉIS MIL CINCUENTA Y UN EUROS Y TREINTA CÉNTIMOS), cantidad a la que debe añadirse los importes de las liquidaciones de los meses de Marzo, Abril y Mayo de 2012 (que actualmente no se encuentran en poder de esta representación procesal), así como los intereses legales devengados sobre dichas cantidades, desde que fuera cobrada indebidamente,

»3) Todo ello con imposición expresa de las costas a la parte contraria».

#### **Segundo.**

El procurador don Salvador Suárez Saro, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., y asistido de la letrada doña María José Cosmea Rodríguez contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestime de forma íntegra la demanda, con imposición a la demandante de las costas que se causaren».

#### **Tercero.**

Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

número 6 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda presentada por el procurador de los Tribunales don Alberto Prado García, en la representación que tiene encomendada:

»1.- Se declara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 22 de abril del año 2005, así como sus anexos de fecha 10 de mayo del año 2007, en los que se articulan la contratación de productos derivados: permuta financiera de tipos de interés con nomenclatura de 200.000 y 50.000 euros respectivamente y vigencia desde el 15 de mayo de 2007 hasta el 15 de mayo de 2012.

»2.- Consecuencia directa de la anterior declaración, se condena a la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de 26.051,30 euros, cantidad a la que se le debe añadir los importes de las liquidaciones de los meses de Marzo; Abril; y Mayo de 2012, así como los intereses legales devengados sobre dichas cantidades desde que fue cobrada indebidamente. Las costas procesales se imponen a la parte demandada».

#### **Cuarto.**

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Popular Español S.A., la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: «Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular Español, S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de los de Oviedo en autos de juicio ordinario seguidos con el n.º 476/12, la que revocamos y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la Compañía Daifi Nuevos Horizontes S.L., ahora Daifi Natural Hair S.L., frente a dicha recurrente. No hacemos expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

#### **Quinto.**

Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Daifi Natural Hair S.L. Argumentó el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en un único motivo: Artículo 469.1.2.º LEC , en relación con el artículo 465.5.º LEC y jurisprudencia que lo desarrolla. El recurso de casación lo articuló en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC , por la indebida aplicación de los actos propios. Segundo.- Artículo 479.2.3.º LEC por infracción de los artículos 1261 , 1275 , 1276 y 1277 del Código Civil . Tercero.- Artículo 477.2.3º LEC por infracción del artículo 6.3 del Código Civil sobre infracción de normas imperativas y la consecuente declaración de nulidad absoluta y radical.

#### **Sexto.**

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de junio de 2016 , se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto en cuanto a las cuestiones planteadas en los motivos primero y segundo y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. No admitir el indicado recurso de casación en cuanto a la cuestión planteada en el motivo tercero. No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por dicha parte litigante contra la indicada sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la recurrente, que perderá el



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

depósito constituido. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

#### **Séptimo.**

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Resumen de antecedentes.**

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), así como la de dos contratos de permutas financieras (swaps), por error vicio en el consentimiento prestado. Dichos contratos son anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. En síntesis, la entidad Daifi Natural Hair S.L. y el Banco Popular Español S.A., suscribieron, el 22 de abril de 2005, un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). El 4 de mayo y el 9 de noviembre de 2005, suscribieron dos contratos de permuta financiera por un capital de 50.000 y 200.000 euros, respectivamente. Ambos contratos, cancelados con efecto de 15 de mayo de 2005, fueron sustituidos por otros dos contratos con idénticos capitales el 12 de mayo de 2006. Dichos contratos, también cancelados con fecha de 15 de mayo de 2007, fueron sustituidos por los dos contratos de permuta financiera de tipos de interés que son objeto del pleito y que fueron suscritos, con idénticos capitales, el 10 de mayo de 2007.

A partir del 15 de febrero de 2009 comenzaron a producirse liquidaciones negativas para el cliente. El 19 de octubre de 2009, éste presentó una reclamación contra la entidad bancaria manifestando haber sido engañado en la contratación de dichos productos y su desconocimiento acerca de su verdadero funcionamiento.

El 28 de junio de 2010, el cliente suscribió con la entidad bancaria una póliza de crédito con objeto de atender el pago de las liquidaciones de intereses derivados de estos contratos que ascendían, en ese momento, a 8.792,45 euros.

El 17 de marzo de 2011, esta vez mediante letrado, presentó nuevas quejas a la entidad bancaria instando la nulidad de los contratos suscritos.

En este contexto, la entidad Daifi Nuevos Horizontes ejerció contra el Banco Popular Español una acción de nulidad de los contratos suscritos por haber existido error vicio en el consentimiento prestado y, en su caso, por inexistencia de causa contractual.

La demandada se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda interpuesta. Por lo que declaró la nulidad del contrato marco y de los dos contratos de permuta financiera, y condenó a la parte demandada a pagar la cantidad de 26.051,30 euros, más los importes de las liquidaciones de los meses de marzo, abril y mayo de 2012, y los intereses legales devengados sobre dichas cantidades desde que fueron cobradas indebidamente. En su argumentación señaló que al cliente no se le facilitó en la fase precontractual una información suficiente, por lo que creyó que estaba contratando una especie de seguro. Que no le

informaron con detalle de las consecuencias que podía tener la bajada de los tipos de interés y que la información suministrada carecía de ejemplos o de simulaciones. En esta línea destacó que el empleado de la entidad bancaria reconoció que no se hizo simulación alguna respecto al coste de cancelación anticipada del producto. Por último, descartó la aplicación de la doctrina de los actos propios del cliente por tratarse de una nulidad radical de los contratos suscritos.

4. La demandada interpuso recurso de apelación en donde, además, impugnaba la cuantía objeto de reclamación. La sentencia de la Audiencia, con estimación del mismo, revocó la sentencia de primera instancia. En primer lugar, descartó que la acción de nulidad pudiera tener fundamento en la inexistencia de la causa del contrato, pues su constatación resultaba clara tanto si se ponía el acento en el carácter especulativo o aleatorio del contrato, como si se atendía a la finalidad de cobertura frente a las oscilaciones de los tipos de interés. En segundo lugar, también descartó que las firmas de las permutas financieras del periodo 2005-2006 fueran constitutivas de un verdadero acto propio del cliente. Sin embargo, señaló que sí que podían servir como un claro indicio en contra de la total ignorancia declarada por la demandante, que no sólo continuó soportando liquidaciones negativas, sino que suscribió una póliza de crédito destinada específicamente a atender los cargos derivados de la permuta financiera; por lo que dichos actos tan relevantes resultaban incompatibles con la acción de nulidad interpuesta por la demandante.

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación. En este recurso, de los tres motivos formulados, se han admitido los dos primeros motivos.

Recurso de casación.

**Segundo.** *Contratos de permutas financieras (swaps) anteriores a la incorporación del Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial sobre la confirmación de los contratos afectados por error vicio.*

1. En el primer motivo, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, la recurrente denuncia la indebida aplicación de la teoría de los actos propios por la sentencia recurrida. Argumenta que tanto la sucesiva contratación y cancelación de las permutas financieras, como la suscripción de una póliza de crédito no reúnen los requisitos para ser considerados actos propios del cliente en orden a confirmar la validez de los contratos suscritos.

2. El motivo debe ser estimado.

Con relación a la confirmación de los contratos de permuta financiera, esta sala, en su sentencia 503/2016, de 19 de julio, tiene declarado:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

»Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 CC ».

**3.** En el presente caso, debe concluirse que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala con relación a la confirmación de los contratos de permuta financiera y a la doctrina de los actos propios.

En efecto, ni las quejas y reclamaciones que interpuso la cliente, ni de haber asumido varias liquidaciones negativas, así como ni de haber suscrito una póliza de crédito para el pago, precisamente, de dichas liquidaciones, se puede inferir una confirmación, propiamente dicha, del contrato viciado por error vicio, ni constituyen actos propios vinculantes. Conclusión acorde con supuestos similares resueltos por esta sala en las sentencias 691/2016 de 25 de noviembre y 105/2017, de 17 febrero .

**4.** La estimación de este motivo comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo segundo del recurso.

### **Tercero.**

En consecuencia, procede casar la sentencia y, al asumir la instancia, entrar en el examen de la alegación de la demandada, en su escrito de apelación, acerca de la impugnación de la cantidad objeto de reclamación de la presente litis.

En este sentido, debe concluirse que la demandante (documento 8 del escrito de la demanda), justifica el pago de las liquidaciones negativas objeto de la presente reclamación, cantidades que fueron cargadas en la cuenta de una póliza de crédito que suscribieron las partes. Por lo que procede, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación del Banco Popular Español S.A., contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

### **Cuarto. Costas y depósitos.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular Español S.A., por lo que procede hacer expresa imposición de estas costas del recurso de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

por la autoridad que le confiere la Constitución,

#### **ESTA SALA HA DECIDIDO**

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Daifi Natural Hair S.L., contra la sentencia dictada, con fecha 18 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 34/2013 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Banco Popular Español S.A., para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6, de Oviedo, de 10 de octubre de 2012 , dictada en el juicio ordinario núm. 476/2012.

2. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Imponer las costas de apelación a la parte demandada apelante.

4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.